

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant

Mallien, Michael

Published in:
Annales de droit de Louvain

Publication date:
2015

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mallien, M 2015, 'Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant: inventaire et hiérarchie des principaux critères retenus par les juges', *Annales de droit de Louvain*, VOL. 75, Numéro 2, p. 215-238.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Inventaire et hiérarchie des critères d'appréciation retenus par les juges ¹

par Michaël Mallien

*Docteur en sciences juridiques de l'UCL
Avocat au barreau de Bruxelles*

INTRODUCTION

1. Selon quels critères les juges arbitrent-ils les contentieux éducatifs entre les parents ? Quelle hiérarchie existe-t-il entre ces critères ? Jusqu'où s'étend la liberté d'appréciation du juge ?

Ces interrogations suffisent, à elles seules, à révéler le caractère délicat de l'intervention du juge dans un domaine aussi personnel que les choix éducatifs pour un enfant, comme ceux de l'école, du pays de résidence, des séjours à l'étranger, de la religion, des activités extrascolaires ou encore de la discipline quotidienne. Le point commun entre les litiges dans les domaines précités — que nous appelons « contentieux éducatifs » — est que les parents font valoir des conceptions différentes et souvent inconciliables devant le Tribunal de la Famille.

2. Se pose dès lors la question de savoir comment un magistrat, qui est étranger à la famille et qui ne connaît pas (ou connaît très peu) l'enfant concerné, peut prendre une décision en cette matière.

Afin de tenter d'y répondre, nous mettrons au jour :

- les *règles de droit* qui s'imposent au juge et qui, le cas échéant, le contraignent (voire au contraire lui interdisent) de statuer selon certains critères ;
- les critères qui sont retenus (et ceux qui ne le sont pas) *dans la pratique* par les magistrats ;
- une forme de *hiérarchie* entre lesdits critères.

¹ La présente contribution constitue le compte rendu de l'exposé tenu le 27 août 2015 à la Faculté de droit et de criminologie de l'UCL lors de la soutenance publique de notre thèse de doctorat en sciences juridiques intitulée *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant. Inventaire et hiérarchie des principaux critères d'appréciation retenus par les juges*, à consulter via <http://hdl.handle.net/2078.1/165073>. Le jury était constitué des Professeurs Marc Fal-lon (président), Jean-Louis Renchon (promoteur), Jehanne Sosson, Jacques Marquet, Jean-François van Drooghenbroeck et Nathalie Massager.

I. — BALISES DÉLIMITANT LA LIBERTÉ D'APPRÉCIATION DU JUGE SUR LE PLAN JURIDIQUE

3. Par « balise juridique », il y a lieu d'entendre toute règle de droit qui s'imposerait au juge appelé à statuer face à des contentieux éducatifs. Il s'agit essentiellement :

- des textes légaux et réglementaires belges ;
- des normes de droit international, pourvu qu'il s'agisse de *hard law* et qu'elles soient dotées d'effet direct dans l'ordre interne belge ;
- de la jurisprudence des cours suprêmes que sont la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle et la Cour européenne des droits de l'homme.

A. — Typologie des demandes en justice en matière de contentieux éducatifs

1. Détermination du mode d'exercice de l'autorité parentale

4. Il ressort des articles 373 et 374, paragraphe 1^{er}, du Code civil que l'exercice de l'autorité parentale demeure *conjoint*, y compris lorsque les parents sont séparés ².

Lorsqu'ils vivent ensemble mais ne sont pas d'accord à propos de la manière dont ils entendent exercer cette autorité, chacun des père et mère peut saisir

² L'article 373 du Code civil est libellé comme suit (version postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2013) : « Lorsqu'ils vivent ensemble, les père et mère exercent conjointement leur autorité sur la personne de l'enfant. À l'égard des tiers de bonne foi, chacun des père et mère est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il accomplit seul un acte de cette autorité sous réserve des exceptions prévues par la loi. À défaut d'accord, le père ou la mère peut saisir le Tribunal de la famille. Le tribunal peut autoriser le père ou la mère à agir seul pour un ou plusieurs actes déterminés ». Voy. à ce sujet notamment N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance — Filiation, autorité parentale, hébergement*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 239 à 242.

L'article 374, paragraphe 1^{er}, du même Code est libellé comme suit (version postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2013) : « Lorsque les père et mère ne vivent pas ensemble, l'exercice de l'autorité parentale reste conjoint et la présomption prévue à l'article 373, alinéa 2, s'applique.

À défaut d'accord sur l'organisation de l'hébergement de l'enfant, sur les décisions importantes concernant sa santé, son éducation, sa formation, ses loisirs et sur l'orientation religieuse ou philosophique ou si cet accord lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant, le Tribunal de la famille compétent peut confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'un des père et mère. Il peut aussi fixer les décisions d'éducation qui ne pourront être prises que moyennant le consentement des père et mère. Il fixe les modalités selon lesquelles celui qui n'exerce pas l'autorité parentale maintient des relations personnelles avec l'enfant. Ces relations ne peuvent être refusées que pour des motifs très graves. Celui qui n'exerce pas l'autorité conserve le droit de surveiller l'éducation de l'enfant. Il pourra obtenir, de l'autre parent ou tiers, toutes informations utiles à cet égard et s'adresser au Tribunal de la famille dans l'intérêt de l'enfant.

Dans tous les cas, le juge détermine les modalités d'hébergement de l'enfant et le lieu où il est inscrit à titre principal dans les registres de la population ».

le Tribunal. Celui-ci peut, dans ce cas, permettre à l'un d'entre eux de poser un ou plusieurs actes déterminés.

Lorsque le père et la mère sont séparés et qu'ils ne s'entendent pas en ce qui concerne l'hébergement ou un choix relevant du droit d'éducation, le juge peut confier l'exercice *exclusif* de l'autorité parentale à l'un d'entre eux. Tel est le cas également s'il existe un accord qui est jugé contraire à l'intérêt de l'enfant. Dans les litiges où il confie l'exercice exclusif de l'autorité à un des parents, le Tribunal peut également déterminer que certaines décisions qui en relèvent devront être prises par les père et mère ensemble ³.

Cette dernière situation a été qualifiée d'« exercice exclusif modalisé » par la doctrine. Il est par ailleurs généralement considéré — bien que l'article 374, paragraphe 1^{er}, du Code civil ne le prévoit pas expressément — que le juge peut également maintenir l'exercice conjoint de l'autorité parentale tout en permettant à un parent de prendre certaines décisions seul (« exercice conjoint modalisé ») ⁴.

2. Détermination du mode d'hébergement

5. Il est précisé au dernier alinéa de l'article 374, paragraphe 1^{er}, du Code civil que le juge fixe dans tous les cas (où les parents sont séparés) l'hébergement de l'enfant. Le Tribunal est tenu d'examiner prioritairement la possibilité de prévoir un hébergement égalitaire depuis la loi du 18 juillet 2006 si l'autorité est exercée conjointement et si un des parents le demande ⁵. Il lui demeure loisible d'opter pour un autre système si l'intérêt de l'enfant — voire celui des parents — et les circonstances de la cause le requièrent.

Ainsi le magistrat peut-il fixer l'hébergement principal chez le père ou la mère et prévoir un hébergement secondaire chez l'autre parent. Le nombre de

³ Concernant la question des critères pouvant mener le juge à opter pour l'exercice exclusif de l'autorité parentale, voy. également A. DE WOLF, « De uitsluitende uitoefening van het ouderlijk gezag : uitgangspunt of uitzondering ? », *E.J.*, 2003, p. 118 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *op. cit.*, pp. 262-264 et T. MOREAU, « La loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale », *Divorce*, 1995, liv. 7, p. 97, n° 30.

⁴ N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *op. cit.*, pp. 265-268 ; T. MOREAU, « La loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale », *op. cit.*, n° 31 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 361, n° 64 à 66 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *Ann. Dr. Louvain*, 1996, p. 115, n° 54 à 56 ; E. VIEUJEAN, « L'autorité parentale », in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, vol. XXII, 26 octobre 1995, Liège, Éd. Faculté de droit de Liège, p. 181, n° 23.

⁵ Ladite loi a ajouté un paragraphe 2 audit article 374, qui est libellé comme suit : « Lorsque les parents ne vivent pas ensemble et qu'ils saisissent le Tribunal de la famille de leur litige, l'accord relatif à l'hébergement des enfants est homologué par le tribunal sauf s'il est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant. À défaut d'accord, en cas d'autorité parentale conjointe, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents. Toutefois, si le tribunal estime que l'hébergement égalitaire n'est pas la formule la plus appropriée, il peut décider de fixer un hébergement non-égalitaire. Le tribunal statue en tout état de cause par un jugement spécialement motivé, en tenant compte des circonstances concrètes de la cause et de l'intérêt des enfants et des parents ».

modalités possibles d'hébergement secondaire est presque illimité : un week-end sur deux (hébergement secondaire « classique »), le cas échéant en commençant dès le mercredi (système appelé communément « 9-5 » par les praticiens) ou en prévoyant que l'enfant résidera également chez ce parent un mercredi sur deux, hébergement secondaire durant une partie, voire la totalité des vacances scolaires lorsque le parent vit à l'étranger... En effet, il incombe également au juge d'organiser les périodes des vacances scolaires (et en particulier durant les grandes vacances) qui sont souvent l'occasion pour l'enfant de partager d'avantage la vie et le quotidien du parent chez qui il ne réside pas durant l'année.

3. Litiges à propos du droit d'éducation

a) *En cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale*

6. Les litiges entre des père et mère exerçant conjointement l'autorité parentale peuvent être portés devant le juge par le biais d'une « action *a priori* » lorsque le choix litigieux n'a pas encore été effectué ou d'un « recours *a posteriori* » lorsque l'un d'eux y a procédé unilatéralement.

— Action *a priori*

7. Lorsqu'un père ou une mère souhaite effectuer un choix éducatif mais n'obtient pas l'accord de l'autre parent, il lui est loisible, en cas d'exercice conjoint de l'autorité, de saisir le juge conformément aux articles 373, alinéa 3, et 374, paragraphe 1^{er}, alinéas 2 et 3, du Code civil. Tel peut être le cas notamment dans les exemples suivants :

- le père ou la mère demande que l'enfant soit inscrit dans un établissement scolaire, une orientation d'études, une année d'études (en cas de litige concernant le redoublement) ou un régime linguistique déterminé ;
- le père ou la mère sollicite l'autorisation d'initier l'enfant à un culte déterminé (baptême, communion, *bar mitzvah*...), de le lui enseigner ou de le lui faire pratiquer ;
- un parent demande que l'enfant pratique un sport ou une activité extrascolaire déterminée.

De telles demandes sont généralement qualifiées d'« actions (ou recours) *a priori* »⁶ par la doctrine, car elles sont portées devant le juge *avant* que le choix éducatif n'ait été effectué.

8. Lorsqu'ils font droit à une telle demande, de nombreux magistrats *auto-ri-sent* le père ou la mère à poser un acte déterminé et ponctuel mentionné de manière très précise au dispositif du jugement (par exemple, autoriser le père

⁶ Pour cette notion, voy. notamment T. MOREAU, « La loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale », *op. cit.*, n° 6 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *op. cit.*, n°s 17 à 22.

ou la mère d'inscrire l'enfant dans l'école X, de le faire baptiser, etc.). Cette solution nous semble préférable à celle, retenue par d'autres juges, qui consiste à « ordonner » (au lieu d'« autoriser ») un choix éducatif dans le jugement. L'incidence pratique de cette distinction est sans doute limitée lorsque l'objet de l'autorisation est fort précis (ce qui est généralement le cas) comme le choix d'une école.

— Recours *a posteriori* ⁷

9. Certains parents n'hésitent pas à effectuer un choix éducatif seul et sans l'accord de l'autre parent ou l'autorisation du Tribunal alors même que l'exercice de l'autorité parentale est censé demeurer conjoint. Tel est le cas, par exemple, lorsque le père ou la mère change unilatéralement et sans rien demander l'enfant d'école ou d'orientation d'études, le fait baptiser ou l'inscrit au catéchisme ou à une activité extrascolaire (voire l'en désinscrit) devant avoir lieu également durant la période d'hébergement de l'autre parent.

Les conséquences de telles initiatives sur le plan juridique doivent être distinguées selon que l'on se place du point de vue d'un tiers ou de l'autre parent.

En ce qui concerne le *tiers*, il est stipulé à l'article 373, alinéa 2, du Code civil que, lorsque celui-ci est de bonne foi, « chacun des père et mère est réputé agir avec l'accord de l'autre parent quand il accomplit seul un acte » relevant de l'autorité parentale. Ladite bonne foi est présumée réfragablement dans le chef du tiers, et cesse dès qu'il aura été informé de l'absence d'accord de l'autre parent ⁸. Ce parent devra dès lors, s'il souhaite engager la responsabilité du tiers, prouver à la fois qu'il n'avait pas marqué son accord et que celui-ci était de mauvaise foi au moment de l'acte litigieux ⁹.

L'acte unilatéral n'en demeure pas moins irrégulier au regard du principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et n'est pas valable *entre les parents*, y compris lorsque le tiers est de bonne foi ¹⁰. La présomption précitée a essentiellement pour effet de permettre aux tiers de bonne foi de ne pas être tenus responsables d'actes unilatéraux ¹¹. Ainsi, le père ou la mère « mis devant le fait accompli » garde la possibilité d'obtenir de la part du juge une modification de l'option unilatérale prise par l'autre parent (« recours *a posteriori* ») ¹².

⁷ Une partie du présent point est reprise de notre contribution précédente « Les "décrets inscriptions" de la Communauté française et leur incidence lors d'un litige parental sur le choix de l'école secondaire », *Ann. Dr. Louvain*, 2013/3, p. 399, n° 5.

⁸ Voy. à ce sujet J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *op. cit.*, n°s 32 à 41, spéc. n°s 34, 38 et 40, et J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *op. cit.*, n°s 7 à 11, spéc. n°s 9 et 10.

⁹ J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *op. cit.*, n°s 24 à 30, spéc. n° 28.

¹⁰ *Ibid.*, n° 22.

¹¹ *Ibid.*, n° 29.

¹² *Ibid.*, n° 22.

b) *En cas d'exercice exclusif de l'autorité parentale*

10. Il convient également de rappeler ici que l'article 374, paragraphe 1^{er}, alinéa 4, du Code civil confère au père ou à la mère qui n'exerce pas l'autorité parentale « le droit de surveiller l'éducation de l'enfant » et d'« obtenir, de l'autre parent ou tiers, toutes informations utiles à cet égard ». Le même texte précise qu'il dispose de la possibilité d'introduire un recours devant le juge compétent lorsqu'il estime que les décisions prises par l'autre parent sont contraires à l'intérêt de l'enfant ¹³.

Ce recours diffère toutefois considérablement de ceux évoqués au point précédent. En effet, ici, le parent exerçant exclusivement l'autorité parentale a posé un ou plusieurs actes et était parfaitement en droit de le faire. Ainsi, comme le précise J.-L. Renchon, le recours du parent n'exerçant pas l'autorité parentale tend uniquement à « vérifier si le parent titulaire du droit d'éducation n'a pas exercé ses prérogatives au mépris de l'intérêt et des droits de l'enfant » ¹⁴.

B. — Les contentieux éducatifs et le principe dispositif

1. Rappel du principe

11. Il est stipulé à l'article 1138, 2^o, du Code judiciaire qu'« il y a possibilité de pourvoi en cassation pour contravention à la loi (...) s'il a été prononcé sur des choses non demandées ou s'il a été accordé plus qu'il n'a été demandé ». Plus largement, il est interdit au juge de « modifier l'objet de la demande, de modifier la cause de la demande, de s'appuyer sur des éléments de fait qui n'ont pas été soumis régulièrement à son appréciation (et) d'élever une contestation dont les parties ont exclu l'existence » ¹⁵.

La Cour de cassation y a décelé un principe général de droit à partir de 1984 ¹⁶.

Ainsi serait-il interdit au juge, au nom dudit principe, de statuer *ultra petita* ¹⁷ en confiant, par exemple, l'hébergement principal de l'enfant à

¹³ Voy. à ce sujet N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *op. cit.*, p. 261.

¹⁴ J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *op. cit.*, n° 63.

¹⁵ A. FETTWEIS, « Le rôle du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », in S. GILSON (dir.), *Au-delà de la loi ?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, p. 130. Pour la notion de « cause », voy. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het Burgerlijk Proces*, thèse de doctorat en droit, Anvers/Oxford, Intersentia, 2007, pp. 197 et s. et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction — Iura dicit Curia*, thèse de doctorat en droit, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 35 et s. Ailleurs dans la présente étude et à défaut de précisions contraires, la notion de « cause » est entendue comme un synonyme de « litige » ou de « contentieux ».

¹⁶ Cass., 5 octobre 1984, *Pas.*, 1985, p. 97 ; A. FETTWEIS, « Le rôle du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », *op. cit.* *Addé* : J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction — Iura dicit Curia*, *op. cit.*, n°s 324 et 325 ainsi que les nombreuses références y mentionnées.

¹⁷ A. FETTWEIS, « Le rôle du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », *op. cit.*, p. 134.

un parent alors que celui-ci sollicitait uniquement de pouvoir le recevoir chez lui un week-end sur deux. De même, le juge ne pourrait pas rendre une décision *extra petita*¹⁸ en accordant à une partie autre chose que ce qu'elle aurait demandé. Tel serait le cas, par exemple, si le Tribunal ordonnait sa scolarisation dans un établissement demandé par aucun des parents¹⁹.

2. Une atténuation du principe dispositif dans le cadre des contentieux éducatifs ?

12. Un certain nombre d'auteurs sont d'avis que le juge est autorisé à statuer *extra petita* en matière de contentieux éducatifs au nom même du caractère prioritaire de l'intérêt de l'enfant²⁰.

Se pose toutefois la question du fondement juridique d'une telle exception au principe dispositif. Or, comme le souligne J.-Fr. van Drooghenbroeck, « sous réserve (des) rares exceptions prévues par la loi, l'interdiction faite au juge de modifier l'objet de la prétention est absolue. Elle l'est à ce point que même lorsque l'ordre public est en jeu (*i.e.* lorsque l'avantage offert au plaideur consiste en un droit fondamental consacré par une loi d'ordre public), le juge ne pourra sortir de son mutisme »²¹.

En ce qui concerne l'ordre public, la Cour de cassation a rappelé dans un arrêt du 28 septembre 2012 que, si le juge peut soulever d'office des règles qui y ont trait, il ne lui est pas permis, pour autant, de « modifier, pour de tels motifs, l'objet du litige tel qu'il a été délimité par les parties »²².

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Notons cependant que le principe dispositif ne cantonne pas pour autant le juge dans un rôle entièrement passif. Comme le soutient B. Allemeersch, ledit principe ne lui interdit nullement de questionner les parties (le cas échéant après une réouverture des débats) afin de préciser leurs demandes ou leurs positions. Ainsi, cet auteur rappelle que les parties demeurent libres de modifier ou de maintenir lesdites demandes, voire même d'exclure toute contestation à propos de la question formulée par le juge ; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het Burgerlijk Proces*, *op. cit.*, n°s 34 à 36.

²⁰ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *L'incidence du principe dispositif sur l'instance civile mue devant les juridictions de la jeunesse*, formation de base pour les magistrats de la jeunesse (SPF Justice), donnée à Bruxelles le 16 février 2005, inédit, spéc. pp. 8 et 9. *Adde* : Q. FISCHER, « Les pouvoirs du juge qui fixe les modalités d'hébergement chez ses parents : quelques réflexions sur les principes directeurs d'instance », note sous réf. Bruxelles, 26 avril 2001, *Div. Act.*, 2002, p. 71, n°s 5 à 12 ; J. SOSSON, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », *op. cit.*, n° 20. Pour une prise de position défavorable à l'atténuation du principe dispositif lors de contentieux concernant les enfants, voy. D. PIRE, « Tribunal de la jeunesse et droit judiciaire privé », in *Actualités du droit familial, le point en 2001*, Liège, Éd. Formation permanente CUP, 2001, pp. 137-138.

²¹ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de l'office du juge », *op. cit.*, n° 13. *Adde* : J. VAN COMPERNOLLE, « L'office du juge et le fondement du litige », *R.C.J.B.*, 1982, p. 14, n° 8 ainsi que les références belges et françaises y citées.

²² Cass., 28 septembre 2012, *RGDC*, 2013, liv. 5, p. 1297.

13. Existe-t-il une « loi » autorisant le juge de statuer *extra petita* ?

À l'inverse des principaux (et rares) cas où la doctrine et la jurisprudence reconnaissent l'existence d'une telle exception au principe dispositif, force est de constater qu'aucun texte ne le prévoit ici *expressis verbis*. Rien n'exclut cependant que certaines dispositions puissent — et doivent — être interprétées en ce sens bien qu'elles ne le mentionnent pas expressément.

Nous croyons qu'il en est ainsi des textes nationaux — en particulier les articles 373, 374 et 387*bis* du Code civil — et internationaux qui consacrent le caractère prioritaire de l'intérêt de l'enfant ou qui lui garantissent un certain nombre de droits fondamentaux ²³. Défenseur lui aussi de cette thèse, Q. Fischer considère que « le juge dispose (...) d'un pouvoir d'appréciation, pour mettre en balance le principe dispositif et le principe de l'intérêt de l'enfant et, le cas échéant, de privilégier le second au détriment du premier » ²⁴.

3. Modalités d'observation du principe du contradictoire lorsque le juge décide de statuer *extra petita* au nom de l'intérêt de l'enfant

14. Se pose à présent la question de savoir à quel moment et sous quelles formes le magistrat devra faire état de son intention de s'écarter de l'accord et de rendre une décision *extra petita*. De même, il y a lieu de préciser de quelle manière les parents pourront exprimer leurs observations dans de tels cas.

Deux pistes semblent s'ouvrir au juge.

La première consisterait à ordonner une *réouverture des débats*. Celle-ci impliquerait que le juge invite les parties, conformément à l'article 775 du Code judiciaire, à faire état de leurs observations par écrit. S'il l'estimait nécessaire, il pourrait également fixer nouvelle audience, étant entendu que les parents devraient à nouveau y comparaître personnellement ²⁵. Il s'agirait de la seule solution possible si le juge se rendait compte *durant son délibéré* de la nécessité de prendre en considération un élément qui n'aurait pas été invoqué par un des parents (mais qui, par exemple, se trouverait dans le « dossier familial »), de ne pas appliquer leur accord, voire d'opter pour une « troisième voie » en statuant *extra petita*.

²³ À propos des motifs qui nous mènent à cette conviction, voy. notre étude *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant*, *op. cit.*, pp. 57 et 58.

²⁴ Q. FISCHER, « Les pouvoirs du juge qui fixe les modalités d'hébergement chez ses parents : quelques réflexions sur les principes directeurs d'instance », *op. cit.*, n° 8.

²⁵ Rien ne permet en effet de considérer que leur obligation de comparaître personnellement n'existe pas lorsqu'il s'agit d'une réouverture des débats. À propos de ladite obligation, *cf. infra*, n°s 82 à 84. Concernant, en général, de la possibilité de s'exprimer uniquement par écrit après une réouverture des débats, voy. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie de la contradiction ? », *R.C.J.B.*, 2013, liv. 2, p. 203, n° 40.

La deuxième piste impliquerait que le juge fasse usage de l'article 756ter du Code judiciaire²⁶ qui lui permet, moyennant l'accord des parties²⁷, de remplacer l'audience de plaidoiries par un *débat interactif* avec elles. Au cours de ce débat, il lui serait loisible notamment de faire état des éléments tirés du dossier familial dont il entendrait tenir compte ou de la « troisième voie » qu'il envisagerait d'emprunter. Le juge pourrait également faire état de ses intentions par écrit (voire par courriel) au moment même où il proposerait ledit débat interactif aux parties²⁸.

C. — Le critère de l'intérêt de l'enfant

15. Parmi les critères susceptibles d'entrer en ligne de compte dans le cadre des contentieux éducatifs, le principal est sans aucun doute celui de l'intérêt de l'enfant. Se pose toutefois la question du fondement juridique du caractère prioritaire de l'intérêt de l'enfant par rapport à d'autres critères (1), mais également celle de l'obligation de l'apprécier *in concreto* (2) ainsi que celle de la charge de la preuve en cette matière (3).

1. Caractère prioritaire de l'intérêt de l'enfant

16. Si le caractère prioritaire du critère de l'intérêt de l'enfant est souvent affirmé, y compris par les praticiens, force est néanmoins de constater que la mise au jour du fondement juridique de ce qui est généralement présenté comme une évidence, n'a rien d'une sinécure. Plusieurs textes font ainsi mention de la locution « intérêt de l'enfant » sans pour autant qu'on puisse y trouver le fondement juridique adéquat audit caractère prioritaire.

a) *Convention onusienne relative aux droits de l'enfant (CIDE)*

17. L'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 est libellé comme suit : « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou

²⁶ Cette disposition est libellée comme suit : « Lors de l'audience de plaidoirie, ou préalablement à celle-ci, le juge peut proposer de remplacer les plaidoiries par un débat interactif. En cas d'accord des parties, le juge dirige le débat au cours duquel il a la possibilité d'orienter les parties sur des questions qu'il estime être pertinentes et de nature à l'éclairer. Les parties peuvent poser dans ce débat des questions non soulevées par le juge pour autant qu'elles soient soit invoquées dans leurs écrits, soit liées à l'application de l'article 735, soit en rapport avec une irrégularité affectant la procédure de mise en état. Si une partie s'oppose à ce qu'un débat interactif remplace les plaidoiries, le débat peut néanmoins avoir lieu après les plaidoiries ».

²⁷ Ou de l'une d'entre elle, mais le débat interactif devra alors être précédé de plaidoiries « classiques ».

²⁸ En ce sens, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie de la contradiction ? », *op. cit.*, n° 39 et les nombreuses références y mentionnées.

des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Toutefois, l'effet direct dans l'ordre interne belge de cette disposition reste vivement controversé. De plus, il ressort du libellé même du texte que l'intérêt de l'enfant doit constituer « une » considération importante ²⁹. Ceci n'exclut pas qu'un poids similaire (voire supérieur) soit reconnu à d'autres considérations comme, par exemple, l'intérêt des parents ou celui de la société.

b) *La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)*

18. La locution « intérêt de l'enfant » apparaît pour la première fois dans la CEDH au moment de l'adoption, le 22 novembre 1984, du 7^e protocole additionnel de cette Convention, celui-ci n'ayant été ratifié par la Belgique que le 13 avril 2012 ³⁰. Elle revient, par contre, bien plus fréquemment dans les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de l'article 8 de la CEDH.

Dans quelques affaires, la Cour a toutefois affirmé le caractère obligatoire, et même prioritaire, du critère de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, dans un arrêt *Reslova*, la Cour de Strasbourg a rappelé que « l'article 8 ne reconnaît pas à l'un ou l'autre des parents un droit préférentiel à la garde d'un enfant » et que « les autorités compétentes appelées à statuer sur ce point doivent prendre en considération l'intérêt des enfants » ³¹. De manière plus nette encore, la Cour a considéré dans une affaire *Neulinger & Shuruk* qu'« il existe actuellement un large consensus — y compris en droit international — autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant les enfants, leur intérêt doit primer » ³².

Toutefois, les juges strasbourgeois ont démontré, dans un arrêt *ZJ c/ Lituanie*, qu'ils ne considèrent pas la priorité de l'intérêt de l'enfant comme un absolu : « l'article 8 requiert que les autorités nationales mettent de manière adéquate l'intérêt de l'enfant et ceux des parents en balance, et (...) à cette occasion une importance particulière (doit être) reconnue à l'intérêt supérieur

²⁹ J. ZERMATTEN, *L'intérêt supérieur de l'enfant. De l'analyse littérale à la portée philosophique*, Institut international des droits de l'enfant, report 3, www.childrights.org, p. 7. L'expression « intérêt supérieur » de l'enfant, pour sa part, ne ferait que renvoyer au fait que le bien-être de l'enfant constitue la finalité ultime des différents droits proclamés dans la Convention. *Adde* : M. EUDES, « La Convention sur les droits de l'enfant, texte emblématique reconnaissant l'intérêt de l'enfant... et passant sous silence les droits des femmes ? », in « Séminaire droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant », *Rev. droits de l'homme*, n° 3, juin 2013, http://revdh.files.wordpress.com/2013/06/3_seminaireeudes2.pdf, consulté le 14 janvier 2014.

³⁰ L'art. 5 du 7^e protocole additionnel de la CEDH est libellé comme suit : « Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les États de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants ».

³¹ Cour eur. D.H., 27 juin 2006, *Reslova c/ République tchèque*, www.echr.coe.int.

³² Cour eur. D.H., gde ch., 6 juillet 2010, *Neulinger & Shuruk c/ Suisse*, www.echr.coe.int.

de l'enfant qui, en fonction de la nature et du sérieux de ces intérêts respectifs, peut avoir priorité sur celui des parents. En particulier, un parent n'a pas le droit d'obtenir des mesures en vertu de l'article 8 de la Convention qui entraveraient la santé et le développement de l'enfant »³³.

De ces arrêts, il ressort que l'intérêt de l'enfant doit constituer un *critère prioritaire* sans que cette priorité ne soit forcément *absolue*.

c) *Le droit interne belge : les articles 22bis de la Constitution et 373 et 374 du Code civil*

19. Quelques arrêts ont été rendus par la Cour constitutionnelle³⁴ depuis l'apparition, le 22 novembre 2008, de la locution « intérêt de l'enfant » à l'article 22bis, alinéa 3, de la Constitution³⁵. S'ils ont reconnu un poids particulier audit intérêt, ces arrêts concernaient d'autres matières que les contentieux éducatifs.

Les articles 373 et 374 du Code civil ne font pas mention de l'intérêt de l'enfant, contrairement à l'article 387bis du même Code. Toutefois, les travaux préparatoires de la loi du 13 avril 1995 démontrent sans ambiguïté que l'intérêt de l'enfant constitue, pour reprendre les termes du ministre de la Justice de l'époque, le « fil rouge » de l'institution même de l'autorité parentale³⁶.

2. Détermination *in concreto* par le juge de l'intérêt de l'enfant

20. L'appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant repose sur ses besoins spécifiques, établis en fonction des données factuelles de la cause. La définition *in abstracto* dudit intérêt repose, quant à elle, davantage sur des considérations générales, valables pour tous les enfants ou à tout le moins pour un nombre important d'entre eux (qui se trouveraient dans une situation semblable).

Le juge peut-il se contenter de décider en fonction de l'intérêt de l'enfant *in abstracto* ou celui-ci doit-il avoir été établi *in concreto* ?

La Cour de Strasbourg a considéré dans quelques arrêts³⁷ que les droits garantis aux articles 8 et 14 combinés de la CEDH impliquent que la prise

³³ Cour eur. D.H., 29 avril 2014, *ZJ c/ Lituanie*, www.echr.coe.int.

³⁴ Voy. C. const., 9 août 2012 (question préjudicielle), n° 103/2012, www.const-court.be, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, liv. 1, p. 204 ; C. const., 12 juillet 2012 (question préjudicielle), n° 94/2012, www.const-court.be, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, liv. 1, p. 166. *Adde* : J. SOSSON et S. CAP, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, liv. 1, p. 177.

³⁵ L'art. 22bis, al. 3, de la Constitution est libellé comme suit : « Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale ».

³⁶ J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *op. cit.*, n° 14, citant notamment les travaux parlementaires.

³⁷ Cour eur. D.H., 23 juin 1993, *Hoffmann c/ Autriche*, *Rev. trim. D.H.*, 1994, p. 405 ; Cour eur. D.H., 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 185 ; Cour eur. D.H., 16 décembre 2003, *Palau — Martinez c/ France*, *J.T.D.E.*, 2004, liv. 105, p. 25.

en considération de la religion ou de l'orientation sexuelle du père ou de la mère peut être admise *uniquement* lorsque la pertinence en est démontrée en fonction de l'intérêt de l'enfant établi *in concreto*.

Il est permis de penser que le même raisonnement peut être étendu au-delà de la religion et de l'orientation sexuelle à d'autres motifs « discriminatoires » comme l'appartenance ethnique, la nationalité, le milieu social ou les opinions politiques d'un des parents. Par contre, il serait à notre avis erroné de croire que cette jurisprudence strasbourgeoise sonne le glas, en toutes circonstances, de l'intérêt de l'enfant défini *in abstracto*. En effet, rien ne permet de considérer qu'il serait désormais interdit aux juges de fonder leur décision (et ils le font souvent) sur des considérations abstraites comme, par exemple, l'inopportunité (en général) de séparer de très jeunes enfants de leur mère ou de priver des enfants plus âgés de leurs repères suite à un changement d'école. Ici, il ne s'agit en effet pas de « motifs discriminatoires ».

3. L'intérêt de l'enfant et la charge de la preuve

21. Bien souvent, l'issue du litige éducatif sera déterminée en fonction de la capacité des parties respectives à prouver, conformément aux articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire, que leur demande rencontre l'intérêt de l'enfant.

- Ainsi, le parent qui s'adresse au Tribunal afin d'obtenir l'autorisation d'accomplir un acte déterminé qu'il ne pourrait en principe effectuer seul dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale (inscrire l'enfant dans une école ou un mouvement de jeunesse, s'installer avec lui à l'étranger, l'initier à une religion déterminée, assurer son hébergement principal afin de pourvoir à une éducation quotidienne plus appropriée, etc.) devra prouver que sa demande rencontre l'intérêt de l'enfant.
- De même, il incombe au père ou à la mère qui sollicite l'interdiction d'un acte déterminé que l'autre parent pourrait normalement accomplir seul dans le cadre du droit d'hébergement d'établir l'existence d'une contre-indication (risque, etc.) pour l'enfant.

D. — Les « critères alternatifs » et les « critères subsidiaires »

1. Notion

22. Certains principes liés aux droits fondamentaux de l'enfant, comme par exemple son intégrité (physique et psychique) ou la nécessité de lui faire bénéficier d'une instruction, sont importants au point qu'ils doivent déterminer la décision du juge, indépendamment de l'opinion que celui-ci s'est forgé à propos de l'intérêt de l'enfant. Il s'agit de ce que nous appelons ici des « cri-

tères alternatifs », car ils ont priorité sur l'appréciation faite par le magistrat dudit intérêt.

Dans d'autres litiges, l'intérêt de l'enfant s'avère indéterminable par le juge. Il lui incomberait alors de statuer en fonction de « critères subsidiaires ».

Le recours aux critères alternatifs et aux critères subsidiaires s'impose *de iure* au juge. La différence entre ces types de critères réside toutefois dans l'obligation pour le juge de donner toujours priorité aux premiers, alors qu'il devra recourir aux deuxièmes uniquement lorsqu'il estime impossible de déterminer quelle option éducative rencontre le mieux l'intérêt de l'enfant.

2. Les critères liés aux droits de l'enfant

a) *Le droit de l'enfant à la protection de son intégrité physique et psychique*

23. Il ressort de l'article 22*bis*, alinéa 1^{er}, de la Constitution que « chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle »³⁸. Ce droit de l'enfant suppose, avant toute autre chose, qu'il bénéficie du droit à la vie qui lui est reconnu aux articles 6 de la CIDE, 2.1 de la CEDH et 6.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Il implique également que l'enfant a le droit « de jouir du meilleur état de santé possible » (art. 24 et s. de la CIDE). De même, il ressort notamment des articles 19.1 de la CIDE, 3 de la CEDH et 7 du PIDCP que l'enfant a le droit de ne pas subir de maltraitances.

Les dispositions précitées ont pour particularité qu'aucune possibilité de restriction n'y est prévue (à l'inverse de ce qui, par exemple, est le cas pour les droits à la vie privée et familiale garantis par l'article 8 de la CEDH). Par conséquent, il s'agit de droits absolus dont l'exercice ne peut être restreint pour aucun motif, pas même au nom de l'appréciation faite par le juge de l'intérêt de l'enfant.

La protection de l'intégrité de l'enfant doit dès lors constituer un critère alternatif lors des contentieux éducatifs.

b) *Le droit de l'enfant à l'instruction*

24. Le droit de l'enfant à l'instruction est garanti par les articles 28 de la CIDE, 2 du 1^{er} protocole additionnel de la CEDH et 24, paragraphes 3 et 4, de la Constitution. L'obligation d'instruction est par ailleurs établie par la loi du 29 juin 1983.

À cet égard, les litiges à propos du pays où l'enfant résidera peuvent s'avérer particulièrement délicats lorsque l'enfant ne pourrait y bénéficier d'un

³⁸ À ce propos, voy. A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1625 à 1627.

enseignement fondamental et secondaire comme en Belgique. Rien ne permet d'être certain que le magistrat serait nécessairement d'avis que l'intérêt de l'enfant supposerait son maintien en Belgique : de nombreuses circonstances propres à la cause peuvent, le cas échéant, mener le juge à la conviction opposée. Les textes internationaux évoqués ne précisent certes pas à quel type d'instruction l'enfant a exactement droit (l'article 28 de la CIDE garantit toutefois à chaque enfant le droit de bénéficier de l'enseignement fondamental). Il semble raisonnable de penser que le juge belge puisse les interpréter selon les critères de la *lex fori* sans priver *de facto* l'enfant d'un minimum d'instruction, (plus ou moins) comparable à celui qui lui serait garanti en Belgique.

La nécessité d'assurer à l'enfant une instruction conforme aux standards minimaux constitue donc elle aussi un *critère alternatif* et absolu (puisque les articles 28 de la CIDE, 2 du 1^{er} protocole additionnel de la CEDH et 24 de la Constitution ne prévoient aucune possibilité de restriction).

c) Le droit de l'enfant d'être éduqué par ses deux parents

25. Le droit des enfants d'être éduqués par leurs deux parents est explicitement garanti par les articles 5, 7, alinéa 1^{er}, 9, alinéa 3, et 18, alinéa 1^{er}, de la CIDE. L'observation n° 14 du Comité onusien des droits de l'enfant précise que l'enfant doit pouvoir « entretenir régulièrement des relations et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à (son) intérêt »³⁹.

Les textes précités imposent donc au juge de faire en sorte que l'enfant soit éduqué par ses deux parents *à condition toutefois que son intérêt ne s'y oppose pas*. Le droit de l'enfant d'être éduqué par ses deux parents apparaît, dès lors, comme un *critère subsidiaire*.

d) Le droit de l'enfant de ne pas être séparé de ses frères et sœurs

26. Force est de constater qu'il n'existe pas la moindre disposition, tant en droit international qu'en droit belge, garantissant explicitement le maintien des relations entre frères et sœurs.

La Cour de Strasbourg a certes, dans un arrêt *Mustafa et Armagan Akin*, conclu à la violation de l'article 8 de la CEDH suite à la séparation d'un frère

³⁹ Observation n° 14 du Comité onusien des droits de l'enfant du 29 mai 2013, www2.ohchr.org, n° 60. Il ressort par ailleurs de l'article 374 du Code civil que l'exercice de l'autorité parentale demeure en principe conjoint en cas de séparation des père et mère et que le juge examinera « prioritairement » la mise en place d'un hébergement égalitaire si un des parents en fait la demande, à moins que ces modalités n'apparaissent comme contraires à l'intérêt de l'enfant. Dans les rares cas où l'exercice exclusif de ladite autorité est confié par le Tribunal au père ou à la mère, l'autre parent garde un droit à l'information et un droit aux relations personnelles, qui ne lui sera refusé que pour les « motifs très graves » (C. civ., art. 374, § 1^{er}, al. 4).

et d'une sœur par le juge dans le cadre d'un litige relatif à l'hébergement entre les parents ⁴⁰. Il s'agissait toutefois d'un frère et d'une sœur germains ayant vécu ensemble et pour lesquels un système d'hébergement avait été fixé, par le juge, dans lequel ils ne se verraient plus que dans de rares occasions.

L'article 375*bis* du Code civil offre quant à lui davantage de droits aux grands-parents qu'aux frères et sœurs. Ceux-ci n'y sont même pas mentionnés et semblent dès lors devoir être assimilés à de simples tiers. La demande du frère ou de la sœur devenu majeur et désireux d'obtenir un droit aux relations personnelles avec un enfant encore mineur peut donc être prise en considération uniquement s'il (elle) démontre l'existence d'un lien d'affection avec celui-ci ⁴¹.

Le maintien des contacts entre des frères et sœurs (germains et ayant vécu ensemble) constitue dès lors un *critère subsidiaire* puisque les droits garantis par l'article 8 CEDH n'ont rien d'absolu. Ainsi serait-il certainement loisible au juge de supprimer tout contact entre les enfants s'il l'estimait nécessaire dans leur intérêt.

e) *Le droit de l'enfant de voir son opinion être prise en considération*

27. L'article 12.1 de la CIDE précise que « les opinions de l'enfant (sont) dûment prises en considération eu égard à son âge et son degré de maturité ». L'article 22*bis*, alinéa 2, de la Constitution reprend ce texte presque à l'identique.

Le Comité onusien des droits de l'enfant décrit l'obligation découlant de l'article 12 de la CIDE comme suit : « toute décision qui ne tient pas compte de l'opinion de l'enfant ou ne lui attribue pas le poids voulu eu égard à son âge et à son degré de maturité ne respecte pas le principe selon lequel l'enfant ou les enfants concernés doivent avoir la possibilité d'influer sur la détermination de leur intérêt supérieur » ⁴².

⁴⁰ Cour eur. D.H., 6 avril 2010, *Mustafa & Armagan c/ Turquie*, www.echr.coe.int (disponible uniquement en anglais sur le site de la Cour), *JDJ*, 2010, p. 38 (reflet). Un juge turc avait confié l'aîné au père et la cadette à la mère, les enfants ne se rencontrant qu'à quelques rares occasions. Les multiples recours du père — y compris devant la Cour de cassation turque — n'y ont rien changé et ce, malgré la jurisprudence de ce pays selon laquelle il y a lieu (dans la mesure du possible) d'éviter de séparer les frères et sœurs. L'argument du gouvernement turc, selon lequel les enfants pouvaient se voir vu qu'ils vivaient dans le même quartier, a d'autant moins convaincu la Cour qu'il n'était pas contesté que la mère empêchait les enfants de se parler chaque fois qu'ils se rencontraient. Les juges strasbourgeois considèrent dès lors cette situation comme contraire au droit à la vie familiale du père, mais également de l'aîné, lui aussi requérant. À propos de cet arrêt, voy. également G. WILLEMS, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, liv. 1, p. 11, n° 80.

⁴¹ S. DEMARS, « Les relations entre frères et sœurs au sein de la famille en droit civil », *Ann. Dr. Louvain*, 1996, pp. 83-84 et les références y citées.

⁴² Observation n° 14 du Comité onusien des droits de l'enfant du 29 mai 2013, *op. cit.*, n° 53.

Lesdites dispositions semblent exclure que le juge puisse s'écarter de l'opinion de l'enfant lorsque celle-ci constitue le seul élément objectif dont il dispose. Rendre une décision contraire à ladite volonté sans le justifier par d'autres éléments liés à l'intérêt de l'enfant ne semble pas compatible avec l'obligation de prendre celle-ci « en considération ». Toute autre solution reviendrait à ne reconnaître *aucun* poids à la volonté de l'enfant.

Le respect des *desiderata* de l'enfant suffisamment mature et doté de discernement constitue donc un *critère subsidiaire*.

3. Le respect des conventions conclues entre les parents

28. Dans certains litiges, le père et la mère ont fixé, à un moment donné, certaines options éducatives (choix de l'école, orientation religieuse, etc.) par le biais de conventions ⁴³. Se pose la question du sort de celles-ci lorsqu'un litige apparaît par la suite. Deux principes s'appliquent dans un tel cas de figure :

- tout d'abord, l'intérêt de l'enfant demeure le critère prioritaire ⁴⁴ ;
- ensuite, il semble de plus en plus admis par la doctrine que le principe de la convention-loi formulé à l'article 1134 du Code civil s'applique également aux « contrats » conclus entre les parents dans le cadre de l'exercice de leurs prérogatives ⁴⁵.

Il en découle que le juge devra appliquer les conventions conclues par les parents (à condition bien sûr que leur existence et leur contenu soient prouvés conformément aux articles 1322 et suivants du Code civil) à moins qu'il ne constate *in concreto* ⁴⁶ et *rebus sic stantibus* ⁴⁷ qu'elles soient contraires à l'intérêt de l'enfant. Le maintien des conventions entre les parents constituent donc, lui aussi, un *critère subsidiaire*.

⁴³ Ces conventions se distinguent de simples pratiques antérieures par l'*animus contrahendae* des parties. Voy. notre étude, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant*, *op. cit.*, pp. 211, 667 et 672 et les références y citées, ainsi qu'*infra*, n° 33.

⁴⁴ Cf. *supra*, n°s 16 à 19.

⁴⁵ Voy. essentiellement J.-L. RENCHON, « Le règlement des responsabilités parentales après la rupture du couple non marié », in *Famille op maat — Famille sur mesure*, Rapport du Congrès des notaires tenu à Knokke-Heist les 22 et 23 septembre 2005, Waterloo, Kluwer, 2005, p. 373.

⁴⁶ À propos de l'exigence d'une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant afin de s'écarter des conventions intervenues entre les parents, voy. notre étude, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant*, *op. cit.*, pp. 673 à 675, n°s 1344 et 1345.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 673, n° 1343.

II. — ANALYSE DE LA PRATIQUE DE JUGES ISSUS DE TROIS ARRONDISSEMENTS JUDICIAIRES

A. — Repères méthodologiques

29. La deuxième phase de notre étude a consisté en une analyse de la pratique judiciaire dans les arrondissements judiciaires de Gand et Liège et dans le défunt arrondissement de Bruxelles-Hal-Vilvorde. Ainsi avons-nous recensé 848 décisions ⁴⁸ qui y ont été rendues en matière de contentieux éducatifs (tant en référé que par les chambres civiles de l'ancien Tribunal de la jeunesse) entre le 1^{er} janvier 2005 et le 31 décembre 2009.

S'il y a pléthore de décisions pour certains choix éducatifs — comme par exemple pour celui de l'école ⁴⁹ —, elles sont particulièrement rares dans d'autres domaines. Tel est le cas notamment des litiges en matière de religion ⁵⁰ ou d'activités extrascolaires ⁵¹. Les cas qui s'y sont présentés se caractérisent parfois par une si grande singularité qu'il est bien impossible d'en déduire une quelconque tendance au sein de la jurisprudence.

Il a donc fallu recourir à une *méthode complémentaire*, outre le recensement de la jurisprudence inédite, en procédant à des entretiens semi-directifs avec dix-sept juges (appartenant aux différents arrondissements et juridictions recensés) au départ de quatre casus identiques. Le premier de ces casus concernait le choix de l'école et de l'orientation d'études ; le deuxième, celui de la religion ; le troisième, les activités extrascolaires et les séjours à l'étranger ; et, enfin, le quatrième, l'éducation quotidienne. Cette démarche complémentaire a permis d'obtenir le positionnement d'un nombre suffisant de magistrats face à des situations fictives mais similaires.

B. — Quelques statistiques

1. Nombre de décisions rendues

30. Il ressort (sans surprises) du tableau suivant que le nombre le plus important de décisions est issu de l'ancien arrondissement de Bruxelles-Hal-Vilvorde (45 % de l'ensemble des décisions recensées). Suivent ensuite les arrondissements de Liège (36 % de l'ensemble des décisions recensées) et de Gand (19 % de l'ensemble des décisions recensées).

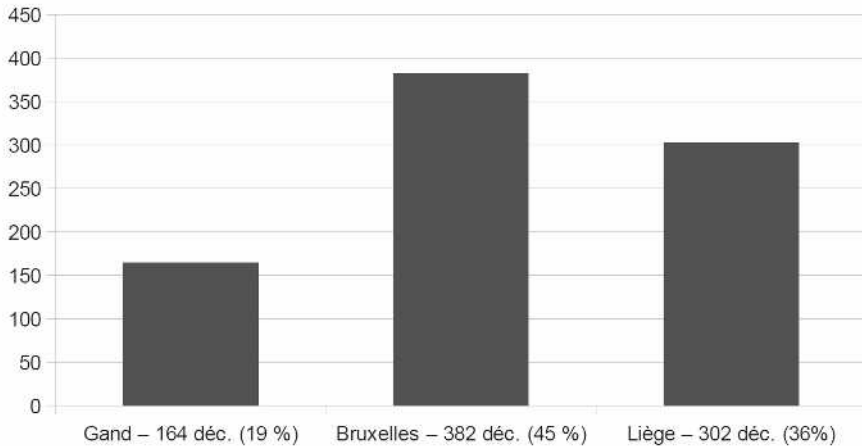
⁴⁸ Parmi 60 000 à 70 000 décisions prononcées par les juridictions concernées. Pour une reprise systématique et une analyse approfondie des décisions sélectionnées, voy. notre étude, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant*, op. cit., à partir de la p. 229.

⁴⁹ Les décisions recensées concernant le choix de l'école sont au nombre de 375 ; *ibid.*, n° 320.

⁵⁰ Les décisions recensées concernant le choix de la religion sont au nombre de 36 ; *ibid.*, n° 945.

⁵¹ Les décisions recensées concernant les activités extrascolaires sont au nombre de 31 ; *ibid.*, n° 1068.

**Graphique 1 : Nombre de décisions recensées
par arrondissement judiciaire**

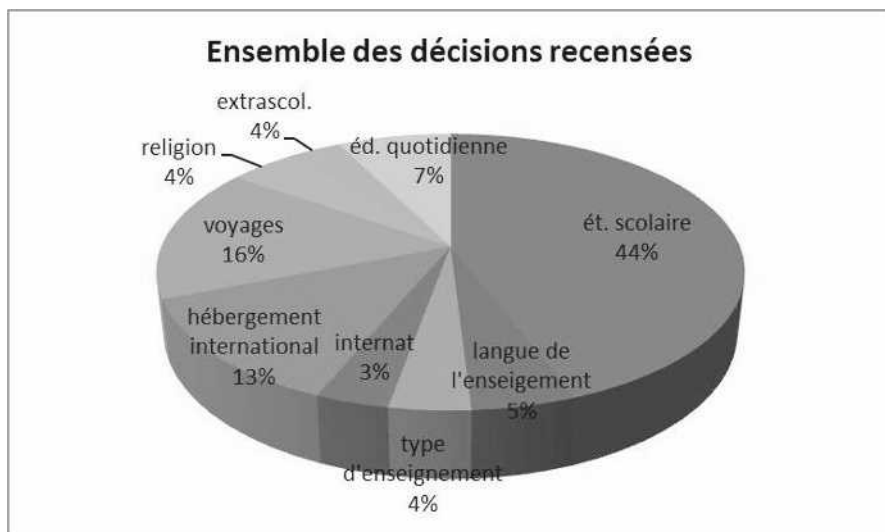


Tenant compte des nombres d'habitants, les contentieux éducatifs sont proportionnellement moins fréquents à Bruxelles (+/- 0,22 décisions/1 000 habitants) et à Gand (+/- 0,33 décisions/1 000 habitants) qu'à Liège (+/- 0,50 décisions/1 000 habitants) ⁵².

31. Force est de constater, ensuite, que la fréquence des différents types de litiges est très variable.

⁵² Environ 1 700 000 pour Bruxelles-Hal-Vilvorde ; environ 600 000 pour Liège ; et environ 500 000 pour Gand (nombres arrondis calculés à partir du site www.statbel.fgov.be ; consulté le 20 octobre 2014).

Graphique 2 : Fréquence des différents types de litiges



2. L'âge de l'enfant au moment du litige

32. Si les différents types de contentieux peuvent se produire à (presque) tout âge, certains concernent fréquemment de jeunes enfants alors que d'autres apparaissent le plus souvent à l'adolescence.

Ainsi, les âges médians révélés par les décisions relatives au choix de l'établissement scolaire ou de la langue de l'enseignement — mais aussi à propos de la religion, des voyages à l'étranger ou des modalités pratiques du logement — se situent-ils à 6 ou 7 ans. Ces litiges apparaissent donc souvent au début de la scolarité primaire.

À l'inverse, les contentieux concernant l'internat, le type d'enseignement et la discipline quotidienne ont généralement trait à des enfants bien plus grands (âges médians de 12, 11 et 13 ans). Les causes relatives au pays où l'enfant grandira ou aux activités extrascolaires révèlent des âges médians de respectivement 8 et 9 ans. De manière générale, très peu de contentieux (hormis quelques rares litiges en matière de religion, d'hébergement international ou d'éducation quotidienne) apparaissent avant le début de la scolarité maternelle.

C. Les principaux critères retenus par les juges

1. Les critères liés aux droits des parents

33. De nombreux juges estiment que, lorsque les père et mère ont conclu une *convention*⁵³ aux termes de laquelle ils se sont engagés sur le plan juridique, celle-ci doit être appliquée si elle n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant. Bien des magistrats (tant dans les décisions qu'à travers les réponses qu'ils ont fournies lors des entretiens semi-directifs) estiment également qu'il est équitable (quoique ce terme n'apparaisse jamais en tant que tel) qu'un parent puisse obtenir le maintien d'un certain nombre de *pratiques antérieures*, comme des accords sans véritable engagement, consentement tacite, choix identique pour un aîné, cohérence par rapport à d'autres choix, etc.

De même, les juges reconnaissent aux parents le droit :

- d'obtenir, si l'intérêt de l'enfant ne s'y oppose pas, le *retour à la situation pristine* lorsque l'autre parent a effectué un *choix éducatif unilatéral* au mépris du principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale⁵⁴ ;
- de voir certaines options éducatives (non obligatoires⁵⁵) être refusées en l'*absence de tout accord* à ce propos ;
- de ne pas se voir imposer des *trajets excessifs* vers l'école ou vers le lieu d'une activité extrascolaire.

2. Critères liés à l'intérêt de l'enfant

a) La stabilité des repères

34. Parmi les besoins de l'enfant évoqués par les parties et pris en considération par les juges, un des plus fréquents est incontestablement celui d'assurer la stabilité de ses repères.

Un nombre important de juges tient ainsi compte de la stabilité du *principal repère parental*, c'est-à-dire de la nécessité de ne pas séparer l'enfant du parent avec qui il vivait la plupart du temps jusqu'à présent. Ce critère est notamment retenu lors de litiges ayant trait à de très jeunes enfants — qu'il convient de ne pas séparer de leur mère — et intervient également de manière fréquente lorsqu'ils sont plus âgés (le « principal repère parental » peut alors être incarné par le père ou par la mère).

Ensuite, les magistrats ont également à cœur de *ne pas séparer l'enfant de ses frères et sœurs*⁵⁶ et de tous les enfants avec qui il a grandi. La fratrie et les enfants de l'entourage constituent en effet un important repère.

⁵³ À propos du caractère contraignant de ces conventions, cf. *supra*, n° 28.

⁵⁴ Dans ce cas, l'autre parent pourrait introduire un recours *a posteriori* ; *ibid.*, n° 9.

⁵⁵ Comme, par exemple, l'adhésion à une religion ou l'inscription dans un mouvement de jeunesse qui, contrairement à la scolarisation, demeurent facultatives.

⁵⁶ À propos du caractère obligatoire, sur le plan juridique, de ce critère, cf. *supra*, n° 26.

Cette unité est garantie le plus souvent par la mise en place de systèmes d'hébergement qui, sans être forcément identiques pour tous les membres de la fratrie, permettent à tout le moins aux enfants de passer suffisamment de temps ensemble. Plusieurs juges évitent également de les séparer le temps d'un voyage, voire de les scolariser dans des établissements différents.

Enfin, ce qu'il est permis d'appeler les *repères extrafamiliaux*, à savoir tous les repères extérieurs à la sphère familiale (l'école où l'enfant a ses habitudes, ses amis et son « tissu social »), revêtent une grande importance dans les causes où une des options demandées impliquerait un changement d'établissement scolaire. Dans certains cas, les juges insistent davantage encore sur cet élément, par exemple durant la séparation des parents (l'école et les amis sont alors souvent perçus comme le seul « îlot de stabilité »).

b) *La présence des deux parents dans la vie de l'enfant* ⁵⁷

35. L'analyse des décisions recensées et des entretiens démontre également que les juges tentent de faire en sorte que les deux parents puissent chacun avoir une place dans la vie de l'enfant.

Il ne s'agit pas forcément de leur permettre de passer autant de temps avec lui, mais avant tout de « trouver » un équilibre adéquat entre les places occupées respectivement par le père et la mère. La recherche de cet équilibre peut mener le juge à opter pour un hébergement égalitaire, à maintenir ou à mettre en place un hébergement secondaire, mais également à privilégier l'activité extrascolaire qui mettra davantage en avant un parent trop absent.

c) *Les besoins sur le plan scolaire*

36. Un autre besoin important de l'enfant est celui de bénéficier d'une instruction dans les meilleures conditions possibles.

Dès lors, les juges tiennent compte de la nécessité que l'enfant soit inscrit dans *un établissement et une orientation d'études qui lui correspondent*. Le caractère adéquat de l'école et de l'enseignement peut par exemple être déterminé en fonction des résultats scolaires de l'enfant. Une préférence est également reconnue par beaucoup de magistrats (à tort ou à raison) à l'enseignement général car celui-ci offre le plus de perspectives d'avenir à l'enfant.

Le *suivi scolaire* (au « sens large ») est également perçu comme très important : contrôle par le père ou la mère des devoirs et des leçons, mais également le respect du calendrier et de l'horaire scolaire en évitant, par exemple, de partir en vacances alors que l'enfant est censé être à l'école ou de l'y conduire en retard.

⁵⁷ *Ibid.*, n° 25.

d) *Évitement de risques auxquels l'enfant pourrait être exposé*

37. Il s'agit avant tout des risques liés à la *santé et la sécurité* de l'enfant : le climat d'un pays mettant en péril sa santé, l'instabilité politique, la dangerosité d'un logement, l'attitude violente d'un parent, etc. Ce critère intervient surtout dans les litiges à propos du pays de résidence ou de voyages à l'étranger, mais également dans les quelques contentieux à propos de l'éducation quotidienne.

Sont également pris en compte dans les décisions recensées : le risque de non-retour d'un enfant partant à l'étranger avec un des parents, ou celui d'être endoctriné sur le plan religieux.

e) *Autres critères liés à l'intérêt de l'enfant*

38. Quelques autres critères apparaissent dans les décisions recensées et dans les réponses données par les juges lors des entretiens :

- le besoin d'un *cadre structurant* (les juges utilisent parfois les termes « cadre strict » ou « structure »). Il s'agit de la nécessité pour l'enfant de se voir fixer certaines règles qui régissent son quotidien et qui ne changent pas. Ce critère intervient essentiellement dans les litiges à propos des internats et de l'éducation quotidienne ;
- de nombreux juges tiennent compte du besoin de l'enfant de bénéficier d'un maximum de *bien-être* et de *sérénité*. Ce critère intervient dans tous les types de litiges. Soit le juge considère que l'enfant est actuellement malheureux et/ou perturbé (par exemple parce qu'il n'aime pas son école ou parce qu'il se trouve pris au milieu des tensions entre ses parents) et décide en faveur d'un changement dans sa vie. Soit le magistrat constate, au contraire, que l'enfant est serein et heureux dans la situation existante et opte dès lors pour un maintien des choses telles qu'elles sont ;
- l'issue de certains litiges en matière d'hébergement international, de voyages à l'étranger ou d'éducation quotidienne est déterminée en fonction du caractère satisfaisant des *conditions de vie* dont l'enfant bénéficie(ra) avec un de ses parents ;
- le dernier critère lié à l'intérêt de l'enfant est celui de la *valeur ajoutée d'un choix éducatif*. Ainsi, par exemple, la pratique d'un sport, la découverte d'une culture ou la rencontre de la famille élargie sont-ils généralement considérés comme représentant une valeur ajoutée pour l'enfant.

3. Le critère de la volonté de l'enfant

39. Enfin, la volonté de l'enfant constitue, après les critères liés aux droits des parents et ceux liés à l'intérêt de l'enfant, à elle seule la troisième catégorie. Ici, il ne s'agit pas uniquement pour le juge de prendre une décision

en fonction de ce qu'il estime convenir le mieux à l'enfant, mais de statuer en fonction de ce que celui-ci *veut*.

Si le fondement juridique de l'obligation de prendre en considération les souhaits exprimés par l'enfant peut se trouver, comme pour les critères mentionnés ci-dessus, dans la nécessité de statuer en fonction de son intérêt, il peut également résider dans les droits à vocation de son autonomie qui lui sont reconnus⁵⁸. En d'autres termes, le juge peut être amené à prendre une décision conforme à la volonté de l'enfant, non pas parce qu'il estime que son intérêt le requiert, mais afin de respecter certains de ses droits fondamentaux.

CONCLUSION. — VERS UNE HIÉRARCHISATION DES CRITÈRES

40. L'analyse des règles de droit applicables aux contentieux éducatifs et de la pratique judiciaire permet une certaine hiérarchisation qui, dans le cadre de notre étude, a pris la forme d'une grille à l'usage des praticiens. Cette grille reprend l'ensemble des critères en ordre décroissant de priorité. Ainsi, lorsque deux critères sont susceptibles d'entrer en ligne de compte et que leur utilisation mènerait respectivement à des issues différentes au litige, celui qui déterminera au final — et « au détriment » de l'autre — la décision rendue par le juge, est le critère *prioritaire* ou hiérarchiquement supérieur.

Cette hiérarchie a été établie de deux manières :

- l'ordre de priorité a tout d'abord été déterminé en fonction des règles de droit mises au jour⁵⁹ ;
- lorsqu'il s'est avéré impossible de déterminer cette position hiérarchique en fonction desdites règles de droit (ce qui arrive souvent vu la très large liberté d'appréciation que le juge conserve dans le cadre de la détermination de l'intérêt de l'enfant) — *et uniquement dans ce cas* —, elle l'est en fonction des tendances majoritaires révélées par les décisions recensées et par les réponses données lors des entretiens semi-directifs.

41. Sans entrer dans les détails et sans s'attarder sur les (importantes) nuances de cette grille pour laquelle nous nous permettons de renvoyer à l'étude doctorale que nous avons consacrée aux contentieux éducatifs⁶⁰, la hiérarchie des critères, établie conformément aux principes susmentionnés, s'établit comme suit (en ordre décroissant de priorité) :

1. critères (*alternatifs*) présentant un lien avec les droits absolus de l'enfant : sauvegarde de son intégrité (sur les plans psychique et physique) en le

⁵⁸ Cf. *supra*, n° 27.

⁵⁹ Cf. *supra*, nos 15 à 28.

⁶⁰ *Le contentieux judiciaire parental à propos de l'éducation de l'enfant*, op. cit., pp. 747 à 755, n° 1486.

- protégeant contre tout risque mettant en péril sa santé et sa sécurité, assurance d'une instruction suffisante et adéquate ;
2. maintien de contacts *minimaux* avec certains membres de la famille (père et mère sauf motif « très grave » ; frères et sœurs avec qui l'enfant a grandi, etc.) ;
 3. intérêt de l'enfant établi *in concreto* (stabilité des repères, autres besoins, etc.) ;
 4. conventions entre les parents ;
 5. intérêt de l'enfant établi *in abstracto* (mêmes sous-critères que *sub* 3) ;
 6. valeur ajoutée d'un choix éducatif ;
 7. volonté de l'enfant (si le juge constatait *in concreto* ou estimait *in abstracto* que l'intérêt de l'enfant requiert que sa volonté soit suivie, ce critère se trouverait respectivement en positions hiérarchiques 3 et 5) ;
 8. pratiques antérieures des père et mère ;
 9. inconvénient disproportionné subi par un des parents.

42. La grille revêt un statut partiellement normatif. Elle est normative dans la mesure où l'ordre de priorité de certains critères ressort de règles de droit sur base desquelles le juge est tenu de statuer. Elle ne l'est pas là où les critères qui sont proposés ont été fixés en fonction des décisions recensées et des réponses données aux casus présentés par les magistrats lors des entretiens semi-directifs. En effet, les juges ne sont nullement tenus, en dehors de ce qui ressort des règles de droit, d'avoir la même conception de l'intérêt de l'enfant que d'autres magistrats.

L'examen des règles de droit applicables aux contentieux éducatifs et l'analyse de la pratique judiciaire permet ainsi non seulement de créer un outil à l'usage des praticiens, mais également de mettre au jour une certaine conception du juge familial. Celui-ci se voit en effet, d'une part, attribuer un rôle de substitution des parents lorsqu'il doit opter, à leur place, pour une orientation éducative déterminée. D'autre part, il demeure en retrait puisque seule une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant — c'est-à-dire fondée sur des éléments précis et objectifs — lui permet de s'écarter de ce que les parents avaient convenu. La position du juge familial se trouve donc à mi-chemin entre celle du magistrat tout-puissant et omniscient et celle du simple arbitre qui tente d'éviter au maximum de faire prévaloir ses conceptions personnelles. Nous formulons donc le vœu que, durant les prochaines années, une réflexion approfondie sera poursuivie à propos de la manière dont est (et doit être) conçue la mission du juge appelé à statuer dans le cadre de contentieux éducatifs.